

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO  
2 / 2022

APRILE - GIUGNO

# Brevi riflessioni sul codice civile e la pubblica amministrazione

*Vincenzo Franceschelli e Vittorio Italia*

DOI: 10.13130/2723-9195/2022-2-93

*Il Codice Civile Italiano si è caratterizzato, sino dal testo originario del 1865, ed anche nel testo normativo emanato nel 1942, e tuttora vigente, per una durata e resistenza nel tempo: lo scritto analizza in primo luogo le ragioni che stanno a fondamento di questa permanenza temporale. Alla stessa maniera, e sempre lungo il corso del tempo, si sono evidenziati forti legami tra le norme contenute nel Codice Civile, e la loro applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni: anche questi legami sono trattati nello scritto, sia con riguardo a specifici ambiti di organizzazione delle amministrazioni pubbliche, sia in merito ai principi generali, di matrice civilistica, che trovano odierna applicazione all'interno della attività amministrativa.*

## ***Brief thoughts on the civil code and public administration***

*The Italian Civil Code has been characterised, ever since the original text dated 1865, and also in the legislative act issued in 1942, and still in force today, by its durability and resistance over time: first of all the paper analyses the reasons underlying this temporal permanence. In the same way, and also over the course of time, strong connections have been highlighted between the rules contained in the Civil Code, and their application with regard to public administrations: these connections are also discussed in the paper, both with regard to specific areas of the organisation of public administrations, and with regard to the general principles, deriving from civil law, that are applied today within administrative activity.*

## **1. La “resistenza” del Codice Civile del 1942**

Una prima riflessione è la seguente<sup>(1)</sup>: come mai, dopo la caduta del fascismo, il

Codice Civile del 1942 non è mai stato cambiato, abrogato e sostituito da un altro Codice?

In termini strettamente diacronici, Il Codice Civile potrebbe infatti essere paragonato ad un “vecchio edificio”, frutto del precedente impianto del Codice Civile, emanato nell’anno 1865<sup>[2]</sup>: a ciò si aggiunga che, all’interno delle “Disposizioni sulla legge in generale” (premesse al medesimo Codice Civile del 1942), nell’art. 1 – contenente la “indicazione delle fonti” – è stato abrogato l’esplicito riferimento alle “norme corporative”, e nell’art. 12 – recante i criteri di “interpretazione della legge” – la dizione “principi generali dell’ordinamento giuridico fascista”, è stata sostituita dalla espressione “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

Permane tuttavia l’interrogativo sul mancato ed integrale cambiamento del Codice Civile dopo il referendum del 1946, e dopo la Costituzione repubblicana del 1948.

Analizzando la letteratura giuridica del tempo, sia quella di diritto pubblico che di diritto privato, non è dato rilevare tesi volte ad abrogare il Codice Civile del 1942, ed a scriverne uno nuovo: l’abrogazione del Codice avrebbe peraltro comportato il ritorno al Codice Civile del 1865, al Codice di Commercio del 1882, ed il permanere della distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, superata dall’unificazione del diritto privato.

Nel merito, il Codice del 1942 era un codice moderno, alla cui redazione avevano partecipato insigni Giuristi, e che aveva visto il coinvolgimento delle Corti d’Appello, delle Università, e degli Ordini degli Avvocati: esso rappresentava, in sostanza, la migliore espressione della cultura giuridica italiana. Restava, naturalmente, quella che al tempo veniva definita la questione della “defascistizzazione e riforma” dello stesso Codice: l’epurazione, più in particolare, toccava tre elementi, vale a dire le “leggi razziali”, l’imbarazzante figura del “Re Imperatore”, e la generalizzata impronta “fascista”, rappresentata dai continui riferimenti all’ordinamento corporativo, sparsi in più articoli dello stesso Codice. Le leggi razziali furono abrogate nel 1944; le norme che riguardavano la capacità giuridica del “Re Imperatore” furono superate dalla proclamazione della Repubblica; anche la questione delle norme corporative fu abilmente e celermente risolta, mediante il rinvio formale ai “contratti collettivi di lavoro”<sup>[3]</sup>: la revisione riguardò oltre centotrenta articoli del Codice. Fondamentale, per il

resto, fu l'opera della Corte Costituzionale, che ebbe il compito di conformare il Codice allo spirito dei nuovi principi costituzionali.

## **2. Il Codice Civile del 1942 e la pubblica amministrazione**

Una seconda riflessione concerne il fatto che il Codice Civile del 1942, certamente modellato sul Codice Civile del Regno d'Italia del 1865 e, tramite esso, sul Codice Civile di Napoleone del 1804, è fondato su "pilastri" politico giuridici che costituivano, e non hanno mai smesso di costituire, le durevoli fondamenta della società italiana: la proprietà, in primo luogo, la famiglia, i contratti, e l'impresa. Tra questi pilastri, con eguale forza e durata temporale, si inscrivevano sino dalla origine, e si inscrivono tuttora, anche le disposizioni normative concernenti la pubblica amministrazione.

Alla base di questa consistenza e durata temporale, risiede certamente la considerazione che il Codice Civile – sia nel 1865 che nel 1942 – ha rappresentato il paradigma della unificazione territoriale, della popolazione e delle istituzioni amministrative, dapprima del Regno d'Italia, di poi della Repubblica italiana.

A differenza che in Germania, la dottrina giuridica italiana non aprì un dibattito sulla "essenza" della codificazione: nonostante l'esempio francese, e quello regio-imperiale austriaco, la Germania non codificò il proprio sistema giuridico continuando, per quasi un secolo, a ragionare sulla "attualità" del diritto romano: furono gli anni che videro l'accendersi di un vivace dibattito scientifico sulla "codificazione", che vide come principali protagonisti Savigny e Thibaut<sup>[4]</sup>: ad essi siamo debitori di un poderoso, e forse unico, scambio di idee sul codificare o non codificare, sui vantaggi della codificazione, sui pericoli della codificazione, sul diritto comune romano, sulla sua sopravvivenza come diritto positivo comune.

In Italia tale dibattito mancò: il Codice Civile fu percepito e vissuto come il logico proseguimento del Risorgimento, e del processo di unificazione nazionale<sup>[5]</sup>, al punto che il Guardasigilli (Giuseppe Pisanelli), al momento della emanazione del Codice del 1865, pronunciò queste parole: «*Sire, Mi reco a gloria rassegnare alla M.V. il regio decreto che ordina la pubblicazione del Codice Civile nei termini della legge del 2 aprile 1865. Il concetto della unificazione legislativa, a chi ben la consideri, appare uno dei sommi fattori della unità*

*nazionale».*

Mettere in discussione la codificazione, rinnegarla, avrebbe significato rinnegare il Risorgimento: un unico Codice unì, ed unisce ancora.

E d'altronde questo elemento fondante può essere riscontrato anche nella relazione sussistente, già al tempo, tra il Codice Civile e la pubblica amministrazione<sup>[6]</sup>.

Si pensi, in primo luogo, alle disposizioni normative in materia di responsabilità aquiliana (art. 2043, cod. civ.), ed alla prima costruzione di una responsabilità dello Stato come persona giuridica, per i danni da esso cagionati alle persone private<sup>[7]</sup>.

Analogamente è avvenuto per la classificazione degli atti emanati dalle pubbliche amministrazioni<sup>[8]</sup>, per la individuazione dei loro elementi essenziali (modellati sui “requisiti” del contratto, art. 1325 cod. civ.)<sup>[9]</sup>, nonché per la disciplina della loro invalidità (anch'essa configurata mediante il parallelismo con la “nullità”, art. 1418 cod. civ., e la “annullabilità”, art. 1425 e ss., cod. civ., del contratto)<sup>[10]</sup>.

Certamente paradigmatica di questa stretta relazione, originaria e costante nel tempo, tra il Codice Civile e l'organizzazione e le attività delle pubbliche amministrazioni, è infine la disciplina dei beni pubblici: la loro classificazione, tra beni demaniali e patrimoniali, ed il relativo regime giuridico (indisponibilità, diritti concessi su di essi ai privati), è infatti ancora ad oggi dettata all'interno degli art. 822 e ss., cod. civ.<sup>[11]</sup>.

### **3. Il diritto privato e le pubbliche amministrazioni.**

Una terza e conclusiva riflessione concerne il fatto che il Codice Civile del 1942, anche dopo l'entrata in vigore e l'attuazione della Costituzione repubblicana del 1948, ha sempre costituito il baricentro dell'ordinamento giuridico italiano, nonostante la persistenza di continue oscillazioni – nel sistema delle fonti – tra la volontà di affidarsi ancora alla tecnica della codificazione, ed il prevalere di istanze volte a legiferare mediante testi normativi specifici e settoriali.

Dopo l'emanazione del Codice del 1942 è infatti iniziata, anche all'interno del diritto privato, quella che autorevole dottrina ha definito essere “l'età della decodificazione”<sup>[12]</sup>: il risultato è stata la creazione di una vera e propria nebulosa di leggi, insieme alla emanazione di singole disposizioni normative, sovente

contenute all'interno di decreti-legge o di "leggi finanziarie", asistematiche e frammentarie.

Di creazione statale e, a fare data dalla riforma del Titolo V della Costituzione (nell'anno 2001), anche regionale, ad oggi non è dato nemmeno conoscere esattamente l'intero numero di queste fonti legislative, così come il loro esatto contenuto, in specie quando esse si avviluppano in continue e ripetute modificazioni nel tempo.

Questo fenomeno è certamente conseguenza della maggiore complessità che, dal 1942 ad oggi, ha caratterizzato, e continuerà sempre a caratterizzare, la società ed i suoi rapporti giuridici: da qui discendono almeno tre effetti, tra loro complementari.

Da un lato si è assistito alla nascita delle "specializzazioni", dei giudici e degli avvocati: si pensi, tra le tante, alla disciplina tributaria ed a quella delle acque pubbliche, ed alle giurisdizioni ad esse dedicate.

D'altro lato, ed a fianco del Codice Civile, si sono succeduti molteplici "testi unici", volti a raccogliere – con valenza ricognitiva e non innovativa – le plurime disposizioni normative volte a disciplinare una stessa materia: è così avvenuto, soltanto ad esemplificare, in tema di "fallimento" (ove il testo originario del R.D. n. 267 del 1942 ha subito nel tempo, e continua a sopportare, innumerevoli modificazioni), in materia di "proprietà industriale" (d.lgs. n. 30 del 2005), ed in tema di "consumo" (d.lgs. n. 206 del 2005). Peraltro, il fatto che questi due ultimi testi normativi rechino ancora – in epigrafe – il sostantivo "Codice", testimonia il fatto che tale denominazione conserva tuttora, immutata, un valore esemplificativo primario.

Il terzo effetto è che, dinanzi a questa congerie di disposizioni legislative affiancate al Codice Civile, spesso ad esso sovrapposte e male con esso coordinate, il ruolo di ricondurre ad unità il sistema normativo, e la sua interpretazione, è stato affidato ai "principi" e, più in particolare, alla emersione ed alla ricognizione – ad opera della dottrina e della giurisprudenza, italiane ed europee – dei "principi generali dell'ordinamento giuridico"<sup>131</sup>: tra questi, ed anche se la loro enumerazione è impedita dalla stessa evoluzione nel tempo che li caratterizza, spiccano i principi di buona fede, legittimo affidamento, proporzionalità, ed il principio della "interpretazione conforme a Costituzione".

Anche questi tre effetti, così come era avvenuto per la originaria codificazione

civilistica del 1865 e del 1942, si sono ampiamente riverberati sul rapporto tra il Codice Civile – o meglio, tra il diritto privato – ed il diritto delle pubbliche amministrazioni.

In primo luogo poiché lo stesso diritto amministrativo si è a sua volta frammentato, nel corso del tempo, in plurimi e settoriali testi normativi di riferimento: al di là della codificazione del “processo amministrativo” (d.lgs. n. 104 del 2010), la permanente assenza di un “Codice” del diritto amministrativo sostanziale (della organizzazione, e della attività, delle amministrazioni pubbliche) ha condotto alla proliferazione di molteplici testi legislativi specifici e settoriali (di regola denominati “testi unici”), che di volta in volta richiamano puntualmente le norme del diritto privato, cui essi intendono fare rinvio formale.

Così accade, ancora soltanto ad esemplificare, per la materia del “lavoro pubblico”<sup>[14]</sup>, in tema di disciplina delle “società a partecipazione pubblica” (d.lgs. n. 175 del 2016, ove la parte maggiore delle disposizioni normative in esso contenute reca deroghe, o conferme sostanziali, al diritto privato delle società)<sup>[15]</sup>, ed in materia di “contratti pubblici”<sup>[16]</sup>.

Di poi, poiché analogo osmosi ha riguardato la stessa legge fondamentale del diritto amministrativo sostanziale, vale a dire la legge n. 241 del 1990, avente ad oggetto la disciplina del procedimento amministrativo, e del diritto di accesso ai documenti.

Il testo originario di questa legge recava infatti un unico e flebile collegamento con il diritto privato: l’art. 11, dedicato agli accordi – infra-procedimentali, e conclusivi di procedimenti amministrativi – tra i privati e le pubbliche amministrazioni, stabiliva che nei confronti di tali accordi, “ove non diversamente stabilito”, ed “in quanto compatibili”, trovavano applicazione “i principi del Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti” (comma 2)<sup>[17]</sup>.

Ben diverso è invece l’assetto che caratterizza il legame tra il diritto privato, l’organizzazione e le attività delle amministrazioni pubbliche, nel testo vigente della medesima legge n. 241 del 1990.

Mentre rimane confermato il testo normativo dell’art. 11, comma 2<sup>[18]</sup>, l’art. 1 – contenente i “principi generali dell’attività amministrativa” – si è arricchito di due nuove ed importanti relazioni con il diritto civile: in primo luogo, e per effetto della legge n. 15 del 2015 (che ha introdotto l’odierno comma 1-bis), l’attività amministrativa è consentita “secondo le norme di diritto privato” in

tutte quelle fattispecie nelle quali le pubbliche amministrazioni adottano “atti di natura non autoritativa”, e salvo che una specifica legge statale o regionale, nelle medesime fattispecie, vieti espressamente il ricorso agli istituti propri del diritto civile<sup>[19]</sup>.

Di poi, ed a seguito del recente d.l. n. 76 del 2020 (convertito nella legge n. 120 del 2016), il nuovo comma 2-bis, sempre all'interno del medesimo art. 1, dispone che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione siano improntati ai principi, di matrice civilistica, della “collaborazione” e della “buona fede”<sup>[20]</sup>.

1. Il contributo trae origine da un “dialogo” che gli Autori hanno svolto presso l'Editore “Key”.
2. Sul tema, *amplius*, C. Ghisalbetti, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Laterza, Roma-Bari, 2013, in specie pp. 29 e ss. (“*L'unificazione legislativa e il codice del 1865*”), e pp. 213 e ss. (“*La formazione della nuova codificazione*”).
3. Significativo, al proposito, l'incipit di una pubblicazione edita dal Ministero di Grazia e Giustizia, nell'anno 1946, ed espressamente intitolata *Defascistizzazione e Riforma dei Codici*: “*«Si è parlato ripetutamente della opportunità, anzi, della necessità, di liberare la legislazione del periodo fascista dalle norme che ne sono espressione [...]»*».
4. Più in particolare attraverso le loro principali Opere: A.F.J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, e F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849 (trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886). In argomento G. Marini (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
5. Sul tema, approfonditamente, P. Rescigno, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013, in specie pp. 17 e ss. (“*Il codice civile del 1942 visto dalla scienza giuridica*”).
6. Il tema era fatto oggetto anche di contributi monografici dedicati alle amministrazioni territoriali: tra questi, L.M. Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1891.
7. Il riferimento è a G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, Barbera Editore, Firenze, 1880, vol. I, in specie pp. 17 e ss. (“*Lo Stato persona e del danno dato dallo Stato*”).
8. «*Gli atti amministrativi in generale si possono distinguere in due categorie: atti amministrativi in senso stretto o meri atti amministrativi e atti amministrativi negozi giuridici*» (il corsivo è degli Autori): A. Amorth, O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, in Nuovo Dig. It., Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1937, vol. I, p. 1093.
9. L'argomento è trattato, *ex plurimis*, in V. Italia, G. Landi, G. Potenza, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 2002, pag. 180 e ss., ove gli “elementi essenziali dell'atto amministrativo” sono così individuati: il “soggetto”, l'“oggetto”, la “volontà”, la “causa”, il



- “contenuto”, e la “forma”.
10. «*Anche gli atti amministrativi, come i negozi giuridici privati, possono essere nulli e annullabili. Nullità è l'invalidità assoluta, quella per cui l'atto non può produrre alcuno degli effetti giuridici cui era diretto, e l'atto è privo dei suoi effetti riguardo a tutti. [...] L'annullabilità significa invece invalidità relativa ed essa ha luogo quando l'atto ha tutti gli elementi essenziali per la sua esistenza, ma questi (tutti o in parte) sono viziati*» (il corsivo è degli Autori): A. Amorth, O. Ranelletti, *Atti amministrativi*, cit., p. 1096.
  11. Sul tema rimane fondamentale l'Opera di M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni Editore, Roma, 1963.
  12. Il riferimento è a N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
  13. All'interno di una letteratura, sul tema, sostanzialmente sconfinata, si richiamano la tradizionale Opera di G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, e la più recente trattazione di G. Levi, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2006.
  14. Ove già all'origine il d.lgs. n. 29 del 1993, e l'odierno art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, dispongono che: «*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, Titolo II, del Libro V del Codice Civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*». Al tema è dedicato il fascicolo 2021, 2, in *Istituzioni del Federalismo*, intitolato *La disciplina del lavoro pubblico a vent'anni dall'approvazione del d.lgs. n. 165/2001*.
  15. In argomento, *amplius*, G. Morbidelli (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2018.
  16. Ivi il vigente d.lgs. n. 50 del 2016 (art. 30, comma 8), il “Codice dei Contratti Pubblici”, conferma la suddivisione del procedimento negoziale in una prima “fase” disciplinata dalle norme del diritto amministrativo (vale a dire dalle norme contenute nel medesimo “Codice”) – e volta a disporre in tema di programmazione, progettazione, affidamento e criteri di aggiudicazione del contratto – ed in una seconda “fase”, dedicata alla stipulazione ed alla esecuzione del contratto, «*cui si applicano le disposizioni del Codice Civile*»: sul tema M. Cafagno, A. Fari, *I principi per il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 201 e ss.
  17. In argomento G. Greco, *Commento all'art. 11*, in V. Italia (coordinato da), *L'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 421 e ss.
  18. Agli «*accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*» amministrativo si applicano tuttora «*i principi del Codice Civile in materia di obbligazioni e contratti*»: *amplius*, F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 655 e ss.
  19. Sul tema, approfonditamente, M. Gola, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.

- A. Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 208 e ss.
20. Su tali principi, prima ancora della recente novella legislativa, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, e L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018, in specie pp. 130 e ss. (“*I principi di buona fede e correttezza*”).